

Consequências do Intervencionismo no Mercado de Saúde Suplementar Brasileiro

*Luan Sperandio**

Resumo: A ascensão do intervencionismo no mercado de saúde privado no Brasil a partir dos anos 1990, por meio da Lei 9.656/1998, da criação de Agência Reguladora no setor e por intermédio da formação de uma jurisprudência que desrespeita contratos ao mitigar a autonomia da vontade tem causado perversos reflexos econômicos e sociais, tais como oligopolização do setor, a escassez na oferta de planos de saúde individuais, a criação de incentivos à judicialização de ações por parte dos contratantes e o encarecimento dos planos de saúde mediante o estabelecimento do plano referencial mínimo, além de cercear a livre concorrência entre os empreendedores do setor.

Palavras-chave: Intervencionismo, Escola Austríaca, Saúde Privada, Judicialização da Saúde

Intervention Consequences In Brazilian Supplemental Health Market

Abstract: The rise of interventionism in the private health market in Brazil since the 1990s, through the Law 9.656/1998, the creation of a Regulatory Agency in the sector and through the formation of a jurisprudence that disrespects contracts by mitigating the autonomy of will has caused perverse economic and social repercussions, such as the oligopolization of the sector, shortage in the provision of individual health plans, creation of incentives for the judicialization of actions by the contractors, and the increase in health plans through the establishment of the referential plan minimum, in addition to curtailing free competition.

Keywords: Interventionism, Austrian School, Private Health, Judicialization of Health

Classificação JEL: I11, B53

* **Luan Sperandio** é graduando em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (Ufes) e faz MBA em Liderança e Desenvolvimento Humano na Fucape Business School. Foi editor do Instituto Mercado Popular e atualmente é Vice-presidente da Federação Capixaba de Jovens Empreendedores e pesquisador do Ideias Radicais. Escreve semanalmente para o Instituto Liberal. Seus artigos de opinião já foram publicados na Veja, Gazeta do Povo, Instituto Mises Brasil, Instituto Mercado Popular, Caos Planejado, Students for Liberty e Poder360.

I. INTRODUÇÃO

A origem constitucional dos direitos sociais remonta à Constituição Mexicana de 1917, à Constituição Russa de 1918 e à Constituição de Weimar de 1919, “garantindo” certas prestações como educação, saúde e moradia. Conforme se verá no presente trabalho, a Constituição Brasileira de 1988 contemplou o direito social à saúde, justificando a intervenção do Estado neste setor. Com a ascensão da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), da Lei nº 9.656/1998 (dos planos e seguros de saúde) e da Lei 9.961/1998 (criação da agência reguladora do setor), criou-se um arcabouço institucional intervencionista, que vem prejudicando o setor de saúde suplementar e seus consumidores.

A despeito da positivação do compromisso constitucional e de todo aparato governamental do Sistema Único de Saúde, é evidente a ineficiência da máquina governamental para efetivar o direito a saúde¹. Isso porque os direitos sociais em si nada mais são do que uma promessa (ou garantia) jurídica de que determinados recursos serão alocados no orçamento em favor de um grupo de pessoas, consideradas recipientes². Desse modo, os direitos sociais possuem suas efetividades baseadas em fatores materialmente finitos³: o princípio da reserva do possível e a escassez⁴. Diante da

ineficácia dos direitos sociais, amplia-se a relevância do sistema privado de saúde no atendimento aos anseios e demandas da população.

Há posições que defendem que a saúde deve ser vista não como uma mercadoria⁵, mas como um direito, devido à sua constitucionalização. Esse pensamento também é presente em parte da doutrina jurídica e faz com que as organizações empresárias que exploram o setor econômico da saúde suplementar, muitas vezes, sejam judicialmente compelidas a garantir o amplo e irrestrito direito à saúde, em substituição ao próprio Estado⁶, mesmo que isso signifique desrespeitar contratos anteriormente firmados.

O presente estudo tem como escopo a análise do intervencionismo sob a ação humana e suas consequências econômicas no plano da saúde suplementar. Este estudo conta com uma primeira parte na qual é apresentada a fundamentação epistemológica e metodológica da Escola Austríaca. Na segunda parte, se analisam os diferentes espectros do intervencionismo no mercado de saúde suplementar brasileiro. Na terceira parte são apresentadas evidências empíricas para corroborar com as conclusões⁷, ao final se apresentando as considerações finais.

¹ LEITE, Davi Lyra. Não é questão de falta de recursos, o SUS é operacionalmente inviável por problemas de cálculo econômico. **Mercado Popular**. Disponível em: <<http://mercadopopular.org/2016/01/o-real-problema-do-sus-nao-e-falta-de-dinheiro>>. Acessado em 31 out. 2017

² LORENZON, Geanluca. **Ciclos Fatais, Socialismo e Direitos Humanos**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2017. p. 92.

³ *Ibidem*.

⁴ Ao ignorar a escassez, temos um problema político. Conforme o economista Thomas Sowell apontou, “a primeira lição da economia é a escassez (...), e a primeira lição da política é ignorar a primeira lição da economia”. SOWELL, Thomas. **Basic Economics**. Nova Iorque: Basic Books, 2007.

⁵ Na verdade, seria um serviço, mas o termo “mercadoria” se adequa ao termo comumente utilizado pelos defensores dos direitos sociais, mesmo que a definição lexicográfica esteja equivocada, como discorre LEONI, Bruno. **Liberdade e a lei**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

⁶ CALAZANS, Rodrigo. **Reflexos econômicos da intervenção judicial nos contratos de plano de saúde**. Porto Alegre. Monografia, 2008.

⁷ Talvez pela grande influência de Hans-Hermann Hoppe no Brasil, muitos brasileiros simpatizantes da Escola Austríaca acreditam equivocadamente que essa escola de pensamento é contrária ao empirismo. Conforme ensina Jesus Huerta de Soto, os austríacos, de fato, dão demasiada importância ao papel da teoria e história, no intuito de permitir entender e interpretar corretamente evidências empíricas, mas definitivamente não são contrários a trabalhos empíricos. DE SOTO, Jesus Huerta. **A Escola Austríaca: mercado e criatividade empresarial**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010. p. 146.

II. FUNDAMENTAÇÃO EPISTEMOLÓGICA E METODOLÓGICA

II.1 – Premissas de Direito e Economia

Uma das particularidades da análise da Escola Austríaca é considerar a ciência econômica como parte de uma ciência maior, a praxeologia, a ciência ou teoria geral da ação humana⁸. Não obstante, mesmo que se conceitue Economia de forma menos abrangente, sob a perspectiva Neoclássica reputa-se que as instituições são moldadas tanto pelo Direito quanto pela Economia⁹.

Segundo essa perspectiva, a Economia nasceu como uma parente do Direito, porém suas metodologias seguiram caminhos distintos durante o século XX¹⁰. A linguagem e os métodos comumente empregados no estudo da Ciência Econômica diferem bastante de seus congêneres na área do Direito. Contudo, há um importante fio comum que liga inexoravelmente esses dois campos de estudo: as leis do Direito afetam e visam afetar os incentivos, que estão no coração da teoria econômica¹¹.

Embora ainda incipiente no Brasil, em grande parte fruto do histórico intervencionismo nas grades do curso de Direito pelo Es-

tado Brasileiro¹², no último quarto do século XX, todavia, um poderoso movimento acadêmico reuniu esses dois temas novamente¹³.

Assim, a Ciência Econômica influencia a transformação do sistema jurídico e a consecução de resultados econômicos. Portanto, tem-se como premissa a interdisciplinaridade, a fim de possibilitar o melhor ferramental teórico neste estudo, preterindo a costumeira dogmática jurídica, que se trata da teoria jurídica que estuda as normas jurídicas a partir de princípios e regras como objeto de estudo.

II.2 – Ação Humana e Intervencionismo

Preambularmente, define-se ação humana como todo o comportamento ou conduta deliberada com o fim específico de levar o indivíduo de uma situação de maior desconforto para uma de menor¹⁴. Assim, resumidamente, sem motivação não há ação¹⁵.

Já o intervencionismo é uma espécie do gênero coerção. Murray Rothbard diferencia intervenções binárias de triangulares. A primeira se trata da intervenção direta de um sujeito em cima de outro (atores políticos contra atores sociais-econômicos) enquanto a segunda é mais complexa, entre três ou mais atores. Nesta, os decisores políticos estabelecem como

⁸ MISES, Ludwig von. **Ação Humana: Um Tratado de Economia**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010. [1949]

⁹ Este trabalho adotou os termos Direito e Economia, preterindo a expressão mais comum “Análise Econômica do Direito” a fim de evitar uma impressão “imperialista”, no sentido de que a Economia se sobreponha ao Direito, pois este denota maior interdisciplinaridade e constante fluxo de informação e de contribuições entre as duas áreas do conhecimento, conforme ensinamentos de Guido Calabresi. CALABRESI, Guido. **The Future of Law and Economics: Essays in Reform and Recollection**. Yale University Press, 2016.

¹⁰ COOTER, Robert D. SCHÄFER, Hans-Bernd. **O Nó de Salomão: como o Direito pode erradicar a pobreza das nações**. Curitiba: CRV, 2017.

¹¹ GUIMARÃES, Bernardo, GONÇALVES, Carlos Eduardo. **Introdução à Economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 215.

¹² GONÇALVES, Everton das Neves, SILVA, Márcia Luisa da. **A Importância da Disciplina de Análise Econômica do Direito para o Desenvolvimento da Interdisciplinaridade Indispensável aos Cursos de Direito no Brasil**. Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável, v. 2, n. 2, p. 107–128, 2017. Disponível em: < <http://indexlaw.org/index.php/revistaddsus/article/view/1390/1824>>. Acessado em 11 nov. 2017.

¹³ O pioneiro foi COASE, Ronald. The problem of the Social Cost. **The Journal of Law and Economics**. v. 3. Oct. 1960. Chicago, EUA: The University of Chicago Press, 1960. p. 1-44, ao demonstrar que a teoria econômica poderia ser útil para analisar direitos de propriedade e contratos.

¹⁴ MISES, Ludwig von. *Op. Cit.* p. 32.

¹⁵ STEWART, Jr., Donald, **O que é o liberalismo**. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1995. P. 33.

um indivíduo deve se relacionar com outros¹⁶ (como no caso de agências reguladoras).

Nesse sentido, Bruno Leoni distingue dois tipos de relações humanas, as econômicas e as políticas. As primeiras referem-se a todas as relações voluntárias e livres, independentemente do uso ou não do dinheiro. Por serem voluntárias, os indivíduos apenas as cumprem por considerarem que elas gerarão maior conforto e satisfação. Caso se procedesse de outra forma, tratam-se de “trocas produtivas”. Do contrário, as relações políticas são hegemônicas e fundadas na coerção, sendo consideradas “relações desprodutivas”.¹⁷ O intervencionismo é, portanto, um caso específico de coerção, sendo uma estrutura ou prática sistêmica.

Ato contínuo, conforme preleciona o professor Mises sobre intervencionismo:

*As medidas restritivas são ferramentas adotadas pela autoridade com o propósito principal e direto de desviar a produção [...] do curso que seguiria se a economia não fosse obstruída. Toda interferência desvia a produção dos caminhos determinados pelo mercado*¹⁸.

Por conseguinte, pode-se dizer que o intervencionismo é a tentativa de condução da ação humana para fins determinados de forma centralmente planejada.

Em linhas gerais, os autores da Escola Austríaca são bastante céticos em relação ao intervencionismo, por considerá-lo ineficiente. Como a intervenção se dá por quem ocupa cargos eletivos e há interesses dispersos entre eles e a população, os decisores políticos possuem interesses não necessariamente alinhados com os interesses da população. Há problemas de cálculo econômico, em que uma autoridade central possui dificuldades alocativas, como estabelecer o que produzir, a qual custo, quantidade e preço, e a dispersão do conhecimento,

em que os planejadores possuem informações limitadas para tomar decisões para os outros¹⁹.

No tocante ao intervencionismo, mesmo em uma perspectiva Neoclássica, em que se considera benéfica a intervenção pública quando identificadas falhas de mercado, há a necessidade de analisar os custos da intervenção governamental. Isso porque tratam-se de recursos retirados da sociedade para que o governo implemente a intervenção, além de gerar possíveis mudanças (ou distorções) nas escolhas dos indivíduos²⁰. Tratam-se das falhas governamentais, que podem ser mais graves que as eventuais falhas de mercado porquanto o governo não é diretamente sujeito ao processo de competição²¹. Diante desses problemas, é comum o intervencionismo gerar consequências não intencionais a partir das decisões políticas²².

II.3 – Teorema da regulação do mercado de saúde privado

Este trabalho busca desenvolver o axioma dos efeitos do intervencionismo triangular no mercado de saúde suplementar brasileiro. Dessa forma, o triângulo é formado pelo Estado – representado pela legislação, pela agência reguladora e pelo Poder Judiciário –, pelas operadoras de plano de saúde e pelos consumidores.

A intervenção no mercado de saúde privado brasileiro se origina, como veremos, pela “permissão” constitucional de intervir no setor da saúde, mesmo que privada. Assim, formou-se um arcabouço intervencionista no setor, se caracteriza por três premissas:

1) Regulamentação por leis ordinárias dos seguros saúde, estabelecendo requisi-

¹⁶ GIANTURCO, Adriano. **A Ciência da Política**. Gen, Rio de Janeiro: 2017. Pág. 66.

¹⁷ *Ibidem*. P. 66-68

¹⁸ MISES, Ludwig Von. **Intervencionismo, uma análise econômica**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010. [1940]

¹⁹ GIANTURCO, Adriano. *Op. Cit.* p. 69

²⁰ GUIMARÃES, Bernardo, GONÇALVES, Carlos Eduardo. *Op. Cit.* 130

²¹ BUTLER, Eamonn. **Escolha Pública**. São Paulo: Bunker Editorial, 2015. p. 13.

²² GIANTURCO, Adriano. *Op. Cit.* p. 69

tos de quais serviços devem ser oferecidos e como devem ser prestados;

2) Controle das operadoras de saúde pela agência reguladora, com possibilidade de revogação do registro que permite o funcionamento daquelas em caso de descumprimento das normas previamente estabelecidas e positivadas;

3) Possibilidade de reescrever contratos celebrados entre as operadoras de saúde e seus clientes com base em cláusulas abertas e gerais, caso o judiciário seja provocado pelas partes.

Vale dizer que o intervencionismo, já conceituado neste trabalho como “a tentativa de condução da ação humana para fins determinados de forma centralmente planejada”, pode ter boas intenções. Em muitos casos a restrição ou agressão institucional deriva do desejo deliberado de melhorar o processo de coordenação social e de alcançar determinados fins ou objetivos²³ melhores, caso vigore plenamente o *laissez-faire* na economia de mercado.

A despeito disso, o arranjo institucional estabelecido no Brasil em relação ao mercado de saúde privado inevitavelmente levará a consequências perversas, proporcionalmente ao grau do intervencionismo em cada uma delas.

Ao estabelecer critérios em que as operadoras de plano saúde devam seguir, sob pena de suspensão e/ou proibição de continuarem a exercer sua atividade empreendedora, as empresas de saúde suplementar passam a se preocupar inicialmente em cumprir o ordenamento legislativo, mitigando a soberania de seus consumidores²⁴. Outra consequência será o enrijecimento da prestação do serviço, com menor inovação nos modelos de negócios, e restrição à especialização de operadoras de

planos de saúde em determinadas áreas médicas.

Como há um grau de oferecimento mínimo nos serviços e a obrigatoriedade no oferecimento de eventos médicos, o preço dos planos tende a aumentar, restringindo o acesso da camada de menor renda da população.

Conferida a possibilidade da agência de regulação controlar os preços dos serviços, é provável que haja manobras políticas para maquiar a inflação oficial, a depender do ciclo eleitoral, podendo gerar escassez no oferecimento do serviço.

Ademais, o grau de intervencionismo que permite mudanças em contratos anteriormente celebrados indica forte paternalismo do ordenamento jurídico. Como algumas cláusulas contratuais podem ser reescritas ou declaradas nulas, há um forte risco moral, em que essas partes protegidas pelo Estado tendem a perder a noção de responsabilidade ao assinarem um contrato, já que sua eficácia é reduzida²⁵.

Outra conclusão lógica é que a mitigação do *pacta sunt servanda* incentivará a judicialização, na medida em que decisões judiciais desconsiderem os acordos anteriormente firmados. Isso aumenta os custos de transação, repassados aos consumidores.

Em última análise, a depender do grau de intervencionismo, poderá haver o completo colapso no sistema de saúde privado, prejudicando os *players* do mercado, seus consumidores e o próprio Estado, que perderia uma fonte de arrecadação tributária.

III. O INTERVENCIONISMO NO MERCADO DE SAÚDE SUPLEMENTAR BRASILEIRO

III.1 Justificativa histórica constitucional

Os direitos fundamentais, que sustentam em larga medida teorias do Estado e do escopo de constituições, são classificados pela

²³ DE SOTO, Jesus Huerta. **Socialismo, cálculo econômico e função empresarial**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2013.

²⁴ MISES, Ludwig von. **A mentalidade anticapitalista**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

²⁵ Como advertia Herbert Spencer ao condenar o paternalismo, “o resultado final de proteger os homens dos efeitos da tolice é encher o mundo de tolos”.

doutrina em diferentes dimensões, de acordo com cada momento histórico. Os de primeira geração remontam ao iluminismo racionalista e se referem aos direitos individuais. Com influência do liberalismo clássico, os direitos individuais relacionam-se com as chamadas prestações negativas do Estado. À medida que o liberalismo exigia menor presença deste na esfera da liberdade das pessoas, a fim especialmente de favorecer a economia privada e o regime da propriedade, os direitos individuais assumiam preponderante papel de limitar a ação do Estado²⁶. Tratam-se, por conseguinte, de direitos civis e políticos.

Os de segunda dimensão caracterizam-se como direitos econômicos, sociais e culturais. A doutrina jurídica costuma justificá-los atribuindo a neutralidade estatal como consequência de um agravamento nas diferenças econômicas verificada desde antes das revoluções do final do século XVIII²⁷. O advento dos direitos fundamentais de cunho liberal, segundo essa corrente *mainstream*, não se teria mostrado suficiente para que a dignidade humana fosse assegurada. A industrialização, marcada pelo signo do *laissez faire, laissez passer*, teria acentuado a exploração do homem pelo homem, problema que o Estado liberal, de característica absenteísta, não tinha como resolver²⁸.

Destarte, passou-se a exigir intervenção estatal para equilibrar as relações econômicas num primeiro momento, ao passo que, com a evolução do Estado, este passou a ser também o provedor de necessidades sociais, numa relação denominada de input (demanda social) X output (resposta)²⁹. O próprio Norberto Bobbio considera que a crise do Es-

tado social tem se dado diante de sua incapacidade em atender a todas as demandas sociais³⁰.

Ato contínuo, as prestações requeridas ao Estado passaram a ser positivas, traduzindo-se em políticas governamentais, benefícios sociais e demais políticas públicas, como regulamentações. Há autores que afirmam haver outras dimensões, mas neste trabalho nos restringiremos a segunda dimensão^{31 32}.

No tocante à Constituição Federal de 1988³³, esta é considerada uma constituição social e dirigente^{34 35}, pois consagra inúmeras normas programáticas como, por exemplo, as que se referem à saúde, estabelecendo objetivos fundamentais.

O art. 6^o³⁶ estabelece a saúde como direito social de grande relevância, inerente à dignidade da pessoa humana. Há, ainda, referência à saúde nos artigos 7^o, XXII; 23, II; 24, XII; 30, VII; 194; 196; 197; 198; 199; 200, I a VIII; 227, § 1^o, I; 212, § 4^o e, em especial, nos artigos

³⁰ *Ibidem*. p. 126

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficiência dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. P. 392.

³² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. P. 808.

³³ BRASIL. **Constituição Federal**. 1988.

³⁴ MOREIRA, Nelso Camatta. **Fundamentos de uma Teoria da Constituição Dirigente**. Belo Horizonte: Conceito Editorial, 2010.

³⁵ Para uma análise consequencialista dos resultados de constituições dirigentes, recomenda-se BODART, Bruno. Para que servem os direitos sociais? 100 anos de Constituições que prometem mundos sem fundos. **Mercado Popular**. Disponível em: <<http://mercadopopular.org/2017/02/pra-que-servem-os-direitos-sociais-100-anos-de-constituicoes-que-prometem-mundos-sem-fundos/>> Acessado em 31 out. 2017.

³⁶ São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

²⁶ JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Teorias do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2015.

²⁷ *Ibidem*. P. 76.

²⁸ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 15

²⁹ BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade: Para uma Teoria Geral da Política**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. pp. 36, 60.

196³⁷ a 199³⁸ da CF/88. O art. 199 dispõe que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada. E, consoante estabelece o §1º, poderá esta participar de forma complementar ao Sistema Único de Saúde. Dessa forma, há justificativa constitucional para o intervencionismo estatal no campo da saúde, mesmo que privada.

III.2 A teoria do contrato e o dirigismo contratual

A realização de um contrato se dá por meio da busca pela informação sobre o preço e a qualidade do serviço diante do capital reputacional do contratado; da negociação e da consequente formalização do contrato e de suas cláusulas; do monitoramento das partes, a fim de se verificar o adimplemento das obrigações contratuais e a proteção dos direitos de propriedade contra a expropriação por terceiros; bem como da correta aplicação do contrato, com direito a indenização em eventual inadimplemento pelas partes³⁹.

Por conseguinte, as partes precisam ter autonomia de vontade e os contratos firmados precisam ter força obrigatória. Os contratos são

feitos para serem cumpridos⁴⁰. Não que a interpretação destes tenha de ser sempre literal⁴¹, todavia, quando eventuais disputas ocorrerem, é preciso levar em conta a realidade existente, com o desejo das partes ao firmarem aquele contrato, e não um mundo idealizado pelo julgador para que ele busque tornar a relação justa e adequada.

O Poder Judiciário é detentor da capacidade jurisdicional, isto é, da possibilidade de decidir imperativamente e impor decisões, conforme a legislação. Espera-se dele estar sempre pronto e capacitado a resolver as disputas contratuais de forma rápida, informada, imparcial e previsível, atendo-se aos termos originais do contrato e ao texto da lei. Caso assim não fosse, não haveria o porquê da celebração de contratos pelos agentes no mercado. Dessa forma, caso não haja a garantia de que o desrespeito aos contratos será punido com celeridade e correção, as relações de trabalho, os negócios entre empresas, as operações financeiras e muitas outras transações econômicas ficarão mais incertas e caras, podendo mesmo se tornar inviáveis.

Entrementes, é sabido que o Poder Judiciário brasileiro é moroso⁴² e suas decisões são eventualmente antagônicas, o que gera incer-

³⁷ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

³⁸ Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. § 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos. § 2º - É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos. § 3º - É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei. § 4º - A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

³⁹ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. São Paulo: Elsevier Campos, 2005.

⁴⁰ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Em defesa do direito de firmar contratos livremente**. Disponível em: <<http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=1306>>. Acessado em 31 out. 2017.

⁴¹ Não se defende aqui uma flexibilização do princípio do *pacta sunt servanda*, apenas considera-se que negócios jurídicos podem conter algum vício, como serem firmados a partir de coação, fraude ou incapacidade do agente. O Código Civil brasileiro, por exemplo, traz previsões sobre em seu art. 171: Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: I - por incapacidade relativa do agente; II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

⁴² Como é de se esperar, a Emenda Constitucional nº 45/2004, que inseriu o “princípio da razoável duração do processo” nas garantias fundamentais asseguradas a cada indivíduo, insculpido no art. 5, inciso LXXVIII da Constituição Federal de 1988, em nada melhorou a questão. Parafraseando Adriano Paranaíba, enquanto o Estado brasileiro se preocupar em aprovar emendas, os nossos problemas não se resolverão.

teza à iniciativa privada ao entabular negócios jurídicos a fim de dar vazão às relações de mercado⁴³. Sua capacidade jurisdicional, portanto, é bastante mitigada.

Dessa forma, em que pese as instituições serem formadas para reduzir incertezas por meio da estruturação das interações humanas⁴⁴ no Brasil,

infelizmente, ainda não está assimilada por todos a ideia de que julgadores devem sopesar, em suas decisões, os reflexos econômico-sociais das mesmas. Mas para isso, primeiramente, é fundamental que os operadores do Direito, em sua totalidade, deixem de preconceitos e aceitem, antes de mais nada, que a Economia exista como Ciência⁴⁵.

Concluimos que, na afilada tentativa de contribuir com a justiça social, muitas vezes as legislações, as normas de agências reguladoras e as decisões judiciais produzem incentivos negativos ao desenvolvimento econômico e social.

Os custos de transação se referem ao dispêndio de recursos econômicos para planejar, adaptar e monitorar as interações entre os agentes, garantindo que o cumprimento dos termos contratuais se faça de maneira satisfatória para as partes envolvidas e compatível com a sua funcionalidade econômica⁴⁶. No caso do plano de saúde suplementar, os custos de transações acabam sendo majorados pela referida incerteza jurídica, que por sua vez induz à retração de investimentos e maiores valores para a realização do negócio jurídico.

⁴³ CALAZANS, Rodrigo. *Op. Cit.* 2008.

⁴⁴ NORTH, Douglass C. **Custos de Transação, Instituições e Desempenho Econômico**. Rio de Janeiro: Instituto Millenium, 2006.

⁴⁵ MACHADO, Rafael Bicca. **Direito e economia**. IOB, São Paulo. 2005.

⁴⁶ PONDÉ, João Luiz. **Coordenação, custos de transação e inovações institucionais**. Texto para Discussão, nº 38. Campinas/SP: UNICAMP, 1994.

III.3 - Histórico de regulamentação da saúde privada no Brasil

No tocante à saúde, até 1930 havia no Brasil o predomínio de entidades filantrópicas⁴⁷. Desde então até a década de 1990, o mercado de saúde privada vinha se desenvolvendo rapidamente pela demanda, pelo colapso do serviço público de saúde e pela parca regulamentação⁴⁸, além dos ganhos de poder de compra da população a partir do Plano Real. Havia, portanto, a ausência de barreiras de entrada no mercado⁴⁹, o que estimulou a livre concorrência e permitiu uma forte expansão do setor.

Isso mudou com a ascensão do intervencionismo no setor na década de 1990, inicialmente com a Lei nº 8.078/1990, conhecida como Código de Defesa do Consumidor. Ela introduziu uma nova forma de dirigismo contratual, mitigando o *pacta sunt servanda*. Posteriormente, com a promulgação da Lei nº 9.656/1998, conhecida como Lei dos Planos e Seguros de Saúde, o grau de intervenção foi endossado e os eventos médicos oferecidos pelas operadoras de planos de saúde, regulamentados. O art. 10, por exemplo, instituiu o “plano-referência”, o que seria o produto mínimo a ser ofertado pelas operadoras de planos de saúde.

À época, a legislação foi criticada por se propor como completa, detalhando até mes-

⁴⁷ GREGORI, Maria Stella. **A normatização dos planos privados de assistência à saúde no Brasil, sob a ótica da proteção do consumidor**. Dissertação de Mestrado. São Paulo: PUC, 2004.

⁴⁸ As primeiras intervenções foram o Decreto-Legislativo nº 4.682/1923, que criou um sistema de Caixas de Aposentadorias e Pensões (CAPs), financiadas por empregados, empresas e governo. Por intermédio dos decretos-leis nº 72 e 73, ambos de 1966, ocasionaram a extinção dos IAPs e a reestruturação das antigas estruturas com o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), vinculado ao Ministério do Trabalho e Previdência Social, e a criação do Sistema Nacional de Seguros Privados. Já a Lei nº 6.839/80 obrigou as empresas do setor de saúde suplementar a se registrarem perante os Conselhos Regionais e o Conselho Federal de Medicina.

⁴⁹ CALAZANS, Rodrigo. *Op. cit.* 2008.

mo alguns procedimentos médicos. Assim, a decorrência lógica é que ela faria o setor se tornar obsoleto, pois enrijeceria as relações de consumo, aprisionando o consumidor⁵⁰. O dirigismo estatal limitou a liberdade de estipular produtos diferenciados e personalizados para a necessidade de cada consumidor, cerceando a livre concorrência.

A despeito das críticas da época, o intervencionismo no plano da saúde suplementar se intensificou com a criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar pela Lei 9.961/2000⁵¹:

Compete à ANS autorizar o registro e o funcionamento das empresas de planos privados de assistência à saúde [...] exercendo ampla e permanente normatização e fiscalização sobre os mais diversos aspectos de suas atividades. A esta autarquia especial cabe estabelecer, até mesmo, as condições gerais para o exercício de cargos de Direção destas empresas (art. 4º, II a VII, IX, XVIII, XXIII a XXXI e § 2º Lei n.º 9.961/2000), bem como “expedir normas e padrões para o envio de informações de natureza econômico-financeira pelas operadoras, com vistas à homologação de reajustes e revisões” (art. 4º, XVIII, L. 9.961/2000). Notamos, daí, que a legislação da Agência representa uma forte intervenção estatal sobre a atividade econômica privada dos planos de saúde⁵².

A criação da ANS passou a representar um terceiro grau de intervenção do Estado na saúde privada.

III.4 – O intervencionismo nas decisões judiciais que mitigam o dogma da vontade

Os planos de saúde, como qualquer organização empresária, visam ao lucro, que é imprescindível para a viabilidade econômica da atividade. Dessa forma,

As empresas privadas não podem ser vistas como instituições complementares da ação estatal na saúde, tampouco podem ser obrigadas a suprir a inoperância do Poder Público no desempenho do dever constitucional. Há, porém, quem enxergue de outra forma, pretendendo que a empresa tenha responsabilidades sociais, atuando subsidiariamente com o Poder Público, proporcionando assistência à saúde ou reembolsando despesas que são encargos estatais⁵³.

Assim, parcela dos doutrinadores tem considerado a existência de cláusulas restritivas de cobertura como abusivas, entendendo que o Judiciário deve incluir procedimentos médicos não previstos contratualmente⁵⁴. O impacto disso na operação dos planos de saúde é que essa despesa não prevista afeta a operação econômica de custeamento de toda a cadeia de contratantes. Por conseguinte, caso não sejam observadas as restrições às coberturas impostas pelo contrato, a operação pode se tornar inviável economicamente, ou então os custos serão repassados a todos os clientes.

Amparada pela doutrina, sedimentou-se uma jurisprudência sabidamente tendente a conferir serviços médicos além dos contratados. Destarte, criou-se um perverso incentivo para consumidores ingressarem com demandas judiciais para pleitear prestações não cobertas contratualmente, o que acarreta o aumento dos custos de transação, uma vez que o contrato não estará sendo corretamente aplicado. Essa concessão imoderada de benefícios além dos limites do contrato serve “para

⁵⁰ SARRUBBO, Mariângela. A saúde na CF e o contexto para a recepção da Lei 9.656/98. In: Saúde e responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde. São Paulo. **Revista dos Tribunais**, p. 16.

⁵¹ A agência reguladora é regulamentada pelo Decreto n.º 3.327/2000 e pela Resolução RDC (ANS) n.º 593/2000.

⁵² PASQUALOTTO, Adalberto. A regulação dos planos e seguros de assistência à saúde: uma interpretação construtiva. In: Saúde e responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde. São Paulo. **Revista dos Tribunais**, 1999.

⁵³ BOTTESINI, Mauri Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. Lei dos planos e seguros de saúde. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2003.

⁵⁴ CALAZANS, Rodrigo. *Op. Cit.*

*cobrir um santo e descobrir o outro*⁵⁵, haja vista que os custos são repassados ao restante da carteira de clientes. Ao intervir desta forma, o Judiciário pode gerar uma cadeia de danos que, além de lesar aqueles leais ao sistema e participantes do contrato, afeta todo o ambiente econômico, impactando empresas, agentes e o próprio mercado, criando incertezas e custos desnecessários⁵⁶.

Segundo levantamento do próprio Conselho Nacional de Justiça, há uma tendência de deferimento final e na antecipação de tutela:

*Na maioria dos casos, houve deferimento do pedido de antecipação de tutela sem pedido de informações complementares. Além disso, na maioria dos casos houve confirmação do deferimento do pedido na sentença de 1ª instância e também no acórdão de 2ª instância*⁵⁷.

Assim, nos casos de judicialização dos planos de saúde, a maior parte das decisões do Judiciário são favoráveis ao consumidor, e muitas vezes desconsideram seu reflexo econômico⁵⁸. Por conseguinte, o Poder Judiciário

⁵⁵ FUX, Luiz. Tutela antecipada e plano privado de saúde. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord). **Direito e medicina: aspectos jurídicos da medicina**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 283-300. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/802>>. Acesso em: 14 dez. 2011.

⁵⁶ TIMM, Luciano Benetti (Org.). **A função social dos contratos em um sistema econômico de mercado**. Porto Alegre: 2005. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/qual_a_funcao_social_dos_contratos_em_um.pdf>. Acessado em 11 nov. 2017.

⁵⁷ ASENSI, Felipe Dutra, PINHEIRO, Roseni. **Judicialização da saúde no Brasil**. Dados e experiências. Justiça Pesquisa. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. p. 43. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/6781486daef02bc6ec8c1e491a565006.pdf>>. Acessado em 11 nov. 2017.

⁵⁸ Mesmo se considerarmos a literatura neoclássica, há firmado o entendimento de que os contratos entre privados não são o meio mais apropriado à redistribuição de renda, e que a execução de políticas orçamentárias a fim de diminuir a desigualdade de renda deveria se restringir à área do direito público. ZANITELLI, Leandro Martins. Efeitos distributivos da regulação dos pla-

tem amparado decisões não na abusividade, mas sim em razões humanitárias tendentes a proteger o consumidor supostamente desamparado, formando-se assim uma “*jurisprudência sentimental*”⁵⁹.

O próprio STJ firmou entendimento sumulado de que seria abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado⁶⁰. A decisão conflita com a Resolução nº 11/1998⁶¹ do conselho da agência reguladora, que “*dispõe sobre a cobertura aos tratamentos de todos os transtornos psiquiátricos codificados na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde*”.

É obrigatória a cobertura pelas operadoras de planos de seguros privados de assistência à saúde: (...)

II – nos planos ou seguros do segmento hospitalar:

a) o custeio integral de, pelo menos, 30 (trinta) dias de internação, por ano de contrato não cumulativos, em hospital psiquiátrico ou em unidade ou enfermaria psiquiátrica em hospital geral, para portadores de transtornos psiquiátricos em situação de crise;

b) o custeio integral de, pelo menos 15 (quinze) dias de internação, por ano de contrato não cumulativos, em hospital geral, para pacientes portadores de quadros de intoxicação ou abstinência provocados por alcoolismo ou outras formas de dependência química que necessitem de hospitalização.

nos de saúde. **Revista de Direito GV**. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2007.

⁵⁹ DRUCK, Tatiana Oliveira. **O novo direito obrigacional e os contratos** In: TIMM, Luciano Benetti (Org). **Direito de empresa e contratos: Estudos dos impactos do Novo Código Civil**. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 302, 2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=SUMU&livre=@docn=%27000000302%27>>. Acessado em 22 abr. 2017.

⁶¹ BRASIL. Resolução nº 11, de 3 de novembro de 1998. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=PDFAtualizado&format=raw&id=MzAx>> Acessado em 22 abr. 2017.

Portanto, o controle constitucional e infraconstitucional das cláusulas abusivas realizado pelo Judiciário conflita com a resolução específica da agência reguladora. Enquanto esta se preocupa em garantir o oferecimento mínimo de dias em relação à internação hospitalar, o Judiciário se preocupa, supostamente, em trazer justiça social ao caso concreto sem, contudo, sopesar o reflexo econômico de suas decisões⁶². Afinal, uma doença psiquiátrica pode requerer internação vitalícia⁶³. Dessa forma, o intervencionismo tem produzido incentivos negativos ao ambiente econômico, no tocante aos contratos de assistência privada à saúde, o que resulta numa maior ineficiência alocativa dos recursos. Em uma atmosfera ideal, os contratos oferecem “*garantias que os direitos poderão ser plenamente exercidos, reduzindo riscos futuros, gerando cooperação entre os contratantes*”⁶⁴. Isso posto, o quarto espectro do intervencionismo em relação a saúde privada se dá pelo poder Judiciário.

IV. CONSEQUÊNCIAS DO INTERVENCIÓNISMO NO PLANO DE SAÚDE SUPLEMENTAR

O intervencionismo estabelecido mais fortemente no setor de saúde suplementar a partir dos anos 1990 tem sido diretamente responsável pelo atual panorama enfrentado pelas operadoras de saúde e pelos usuários do sistema.

Destacam-se entre as consequências do intervencionismo a) a produção de incentivos à judicialização; b) a oligopolização do setor; c) a escassez de oferta de planos individuais; e d) o encarecimento da prestação do serviço.

Diante de uma jurisprudência que concede serviços além dos contratados, há incentivos para a judicialização contra planos de saúde pelos contratantes. Os custos com pro-

⁶² CALAZANS, Rodrigo. Op. cit.

⁶³ Mais notadamente, transtorno de personalidade antissocial e alguns tipos de esquizofrenia.

⁶⁴ TIMM, Luciano Benetti (Org.). Op.cit. 2005.

cessos judiciais nos planos de saúde dobraram entre 2013 e 2015⁶⁵, alcançando a marca de R\$ 1,2 bilhões.

Além disso, as regulamentações têm formado oligopólios. Em 2000, logo após o estabelecimento de maior dirigismo no setor, havia 3.577 operadoras de plano de saúde atuando no Brasil⁶⁶. Em 2007, o número caiu para 1.168, e continua diminuindo ano a ano, tendo atualmente tão somente 780 operadoras de plano de saúde, conforme Tabela 1.

TABELA 1: OPERADORES DE PLANO DE SAÚDE (DEZ-2007 A MAR-2017)

Ano	Operadoras médico-hospitalares	Operadoras exclusivamente odontológicas	Total de operadoras com beneficiários
Dez/2007	1.168	408	1.576
Dez/2008	1.118	403	1.521
Dez/2009	1.088	391	1.479
Dez/2010	1.045	366	1.411
Dez/2011	1.006	366	1.372
Dez/2012	961	365	1.326
Dez/2013	915	341	1.256
Dez/2014	875	342	1.217
Dez/2015	824	326	1.150
Dez/2016	789	306	1.095
Mar/2017	780	296	1.076

Fonte: Cadastro de Operadoras/ANS/MS – 03/2017 e Sistema de Informações de Beneficiários/ANS/MS – 03/2017

Vale salientar que somente 12% das operadoras existentes concentram cerca de 80% dos usuários⁶⁷. Por outro lado, conforme as li-

⁶⁵ <<http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,judicializacao-da-saude,10000049836>> Acesso 22.abr.2017.

⁶⁶ <www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2011/09/05/internas_economia,268444/numero-de-operadoras-de-plano-de-saude-cai-e-qualidade-do-servico-piora.shtml> Acesso. 31.out.2017.

⁶⁷ VIEIRA, Marcelo falcão; VILARINHO, Paulo Ferreira. **O campo da saúde suplementar no Brasil.** Revista Ciências da Administração. Florianópolis: UFSC, 2004.

ções de controle de preços, que causam escassez⁶⁸, os contratos individuais são regulados e reajustados pela ANS. Como os índices de reajuste autorizados muitas vezes são desatrelados de critérios técnicos⁶⁹ e menores que a inflação de serviços médicos, a maioria das operadoras parou de oferecer a modalidade, concentrando-se nos contratos empresariais, hoje correspondentes a mais de 80% do mercado⁷⁰.

Ademais, atualmente a ANS estabelece um rol obrigatório de 3.216 procedimentos⁷¹ e eventos em saúde para que uma operadora de saúde possa funcionar, o que faz com que os clientes sejam obrigados a arcar – diretamente ou não – com custos de serviços que não tenham sequer interesse em utilizar.

V. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O intervencionismo busca modificar a ação humana em prol de supostamente atingir resultados melhores que os obtidos pelo livre mercado, de acordo com o planejamento central. Entrementes, são comuns as consequências não previstas do dirigismo estatal. Os agentes se adaptam a mudanças institucionais, especialmente perante um ambiente institucional desfavorável. Melhor exemplo disso foi o abandono pelas operadoras de plano de saúde no oferecimento dos planos indi-

viduais de saúde, haja vista que estes se tornaram pouco viáveis economicamente diante das regulamentações, para priorizar o oferecimento de planos corporativos, que possuem arranjo institucional mais adequado à livre iniciativa.

Diante da mitigação da autonomia da vontade, houve a consolidação de uma jurisprudência sentimental nos tribunais pátrios, no sentido que praticamente toda cláusula de exclusão de cobertura é abusiva, ignorando os reflexos econômicos a serem suportados pelas operadoras de saúde.

Os advogados do intervencionismo buscam por meio dele a satisfação de justiça social, mas quanto maior o grau de dirigismo, maiores suas decorrências – que se dão desde um eventual desequilíbrio contratual até o completo solapar do sistema de saúde suplementar, prejudicando toda a coletividade de usuários do sistema.

Por fim, a imposição do serviço referencial mínimo impede a personalização dos serviços de acordo com a necessidade dos consumidores e aumenta os valores dos planos, prejudicando principalmente a camada mais pobre da população, que fica refém do SUS. Diante de tamanho intervencionismo, não à toa o mercado de saúde brasileiro enfrenta tão grave crise. ∞

⁶⁸ SHUETTINGER, Robert L., BUTIER, Eamonn F. **Quarenta Séculos de Controles de Preços e Salários**, São Paulo: Visão, 1988.

⁶⁹ VENDRAMINI, Luiz Fernando. **Dimensionando os Riscos dos Planos de Saúde**. Diretor Técnico da Actuarial.

⁷⁰ GARÇON, Juliana. Plano de saúde individual: mais raro e caro. **O Globo**, 12 abr. 2016. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/defesa-do-consumidor/plano-de-saude-individual-mais-raro-caro-15848792>>. Acessado em 31 out. 2017

⁷¹ MAIA, Gustavo. Planos farão teste de dengue e darão remédio para próstata e marca-passo. **UOL Economia**, 28 out. 2015. Disponível em: <<http://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2015/10/28/planos-terao-de-fazer-teste-rapido-de-dengue-e-dar-remedio-para-prostata.htm>>. Acessado em 31 out. 2017.